

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Los ordenadores en el derecho de prueba

Amory, Bernard; Pouillet, Yves

*Published in:*

La validez de los contratos internacionales negociados por medios electronicos

*Publication date:*

1988

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Amory, B & Pouillet, Y 1988, Los ordenadores en el derecho de prueba: un enfoque comparativo en los sistemas de derecho civil y de "Common law". in *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electronicos*. Centro de Estudios Comerciales, Madrid, pp. 83-114.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

V

**LOS ORDENADORES EN EL DERECHO DE PRUEBA:  
UN ENFOQUE COMPARATIVO EN LOS SISTEMAS  
DE DERECHO CIVIL Y DE «COMMON LAW»**

por

**BERNARD E. AMORY\* e YVES POULLET\*\***

---

\* Bernard E. AMORY es socio del bufete Dechert Price and Rhoads y Ayudante en el Centro de Ordenadores e Investigación Legal, Universidad de Namur (Bélgica).

\*\* Yves POULLET es catedrático de la Universidad de Namur y Director del Centro de Ordenadores e Investigación Legal de esta Universidad.

Este informe está basado en un artículo que ha de publicarse en la *Revue Internationale de Droit Comparé*. Los autores desearían agradecer al señor Sebastián Cooper su provechosa ayuda en la preparación del texto inglés.

## RESUMEN

Los ordenadores y la telemática han ocasionado el desarrollo de nuevas tecnologías en el proceso de datos y la conclusión de transacciones. Estas tecnologías dan origen a algunas difíciles cuestiones legales, en particular con respecto al derecho de prueba.

En el sistema de «Common Law», las reglas de testimonio y mejor prueba impiden teóricamente la admisibilidad de documentos de ordenador ante los tribunales. En el sistema de Derecho Civil, los problemas se refieren a la validez de estos documentos como prueba de los actos y hechos legales que aseveran.

El objetivo de este informe es examinar las soluciones legales que pueden aplicarse a estos problemas con arreglo a estos dos sistemas legales, teniendo en cuenta las características especiales de las tecnologías implicadas.

### Introducción

- I La credibilidad de los documentos de ordenador o telemáticos.
  - A. El riesgo de error
  - B. El riesgo de fraude
  - C. Conclusión
- II El enfoque de la «Common Law»
  - A. La regla de testimonio
    - 1. Derecho inglés
    - 2. Derecho americano
  - B. La regla de mejor prueba
    - 1. Derecho inglés
    - 2. Derecho americano
- III El enfoque en derecho francés y derecho belga
  - A. Requisitos referentes al almacenamiento de documentos

1. Disposiciones generales
2. Disposiciones específicas
  - a) Derecho belga
  - b) Derecho francés
- B. Requisitos referentes a la prueba de transacciones
  1. El problema
  2. Los requisitos legales
    - a) La distinción entre actos legales y hechos legales
    - b) El principio
    - c) La excepciones al principio y su aplicación a los contratos telemáticos

#### IV Hacia soluciones técnicas

#### Conclusión

#### INTRODUCCIÓN

La cantidad de información que las compañías tienen que mantener, a menudo por largos períodos, ya sea por motivos legales o en interés de la buena gestión del negocio, puede en algunos casos motivar serios problemas de almacenamiento, afectando de ese modo los costos generales <sup>1</sup>.

Una de las ventajas de la utilización de ordenadores en la empresa es la capacidad para reducir el volumen de documentos mantenidos en archivos y para facilitar su procesamiento. No queda ya duda alguna de que las compañías necesitan ser capaces de mantener registros informatizados <sup>2</sup>.

La utilización combinada de ordenadores y telecomunicaciones, conocida como «telemática», ofrece ulteriores posibilidades, tales como operaciones a larga distancia, que incluyen transferencias de fondos, pedidos de bienes de consumo, acceso a bandos de datos y muchos otros tipos de intercambio de información.

Esta tecnología, que se encuentra todavía en la fase inicial de su desarrollo, suscita de inmediato algunas cuestiones legales más bien comple-

<sup>1</sup> Cf. las sorprendentes cifras citadas por F. Chamoux, *La Preuve dans les affaires*, París, Litec. p. 103 y ss.

<sup>2</sup> *Ibid.*

jas, en particular en relación al derecho de prueba. ¿Constituye el proceso y almacenamiento de información en forma de documentos de ordenador (listados de ordenador, cintas magnéticas, discos, microfilms de ordenador) base de prueba válida a efectos de actuaciones legales? ¿Se ajustan estos procedimientos a los requisitos de las leyes contables, fiscales y de empleo y seguridad social referentes a la preparación y almacenamiento de ciertos documentos?

¿Cumplen las transacciones que pueden actualmente llevarse a cabo mediante ordenador (las denominadas transacciones telemáticas) los requisitos legales referentes a la prueba de actos legales?

Las respuestas a estas cuestiones se consideran sucesivamente en relación a dos sistemas legales: la «Common Law» (más en particular derecho inglés y derecho americano) y el Derecho Civil (más en particular derecho francés y derecho belga).

Este enfoque legal será precedido por un resumen general de la credibilidad de los documentos de ordenador y seguido por algunas consideraciones sobre las soluciones técnicas a los aspectos legales en cuestión.

#### LA CREDIBILIDAD DE LOS DOCUMENTOS DE ORDENADOR O TELEMATICOS

¿En qué medida los documentos procesados por ordenador y/o obtenidos por medio telemático reflejan fielmente la información que pretenden contener? Estos documentos están sujetos a dos tipos de riesgo: error y fraude.

##### A. El riesgo de error

Los errores tienen diferentes orígenes: humano, técnico, o externo. El tipo de error que resultaría más frecuente es el error humano <sup>3</sup>. El riesgo de que ocurra dicho error es mayor cuando los datos están siendo car-

<sup>3</sup> J.-D. Dehetre, «Data Processing Evidence, is it Different», *Chic Kent Law Rev.*, 1975, 570; W. A. Fenwick y G. K. Davidson, «Use of Computerized Records as Evidence», *Jurimetrics Journal*, 1975, 21; R. Reese, «Admissibility of Computer Kept Business Records», *Cornell Law Review*, 1969-1970; J. A. Sprowl, «Evaluating the Credibility of Computer Generated Evidence», *Chic Kent Law Rev.*, 1975, 543.

gados en memoria en un sistema y al ser procesados. Así por ejemplo en el caso de las transferencias electrónicas de fondos, la ausencia de un lenguaje universal para mensajes crea el riesgo de error humano al interpretar y codificar debido a la implicación de diferentes operadores en la transmisión de una orden bancaria <sup>4</sup>.

Los errores externos son atribuibles al medio ambiente. Mala temperatura o condiciones de humedad, la presencia de polvo, vibración, electricidad estática o electromagnetismo, suministro irregular de fuerza, etc. son todos factores que pueden ser la causa de una avería, que a su vez puede dañar o destruir datos.

Por último, el error técnico se crea por un funcionamiento defectuoso del «software», del «hardware» o del sistema de transmisión de datos que enlaza a los diferentes sistemas informáticos. Gracias al progreso técnico, los errores debidos a defectos en «hardware» o «software» se han hecho muy raros <sup>5</sup>, mientras que las averías en los sistemas de comunicación son todavía frecuentes. Por otra parte, lo anterior puede acarrear serias consecuencias debido a su naturaleza frecuentemente repetitiva.

En general, puede afirmarse que los ordenadores y la telemática han disminuido el riesgo de error que puede surgir en la preparación, almacenamiento y transmisión de datos pero que las consecuencias de un error, que son siempre estadísticamente posibles, pueden ser más serias que en los sistemas tradicionales, dado el gran número de operaciones que pueden llevarse a cabo por una máquina en un corto período de tiempo <sup>6</sup>.

### B. *El riesgo de fraude*

El elemento que distingue al fraude del error es la intención <sup>7</sup>. Su origen, por tanto, es humano.

<sup>4</sup> Ver sobre ello los esfuerzos realizados por la International Standards Organisation (ISO). Cf. United Nations Commission for International Commercial Law, Doc A/CN. 9/250 Ad. 4, 11 y sig.

<sup>5</sup> Ver United Nations Commission for International Commercial Law, Doc. A/CN. 9/250 Ad. 4, 10.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>7</sup> Para un estudio de fraude de ordenador ver V. U. Sieber, «Gefahr und Abwehr des Computer Kriminalität», *Betriebsberater*, 30 agosto 1982.

En contraste con el error, representa un riesgo muy importante y es considerado actualmente por quienes están presentes en el mundo informático como un problema fundamental <sup>8</sup>. De hecho, si bien es muy difícil efectuar estimaciones (se declaran muy pocos casos de fraude), se ha estimado que el fraude implica US\$ 100 millones al año en Estados Unidos y US\$ 30 millones al año en Japon <sup>9</sup>.

El fraude puede ser cometido por empleados de una compañía o banco que saben cómo manejar las claves de acceso al sistema informático y utilizar este conocimiento para sus propios fines. El ejemplo clásico es cuando un empleado de banco programa el ordenador para la apropiación indebida de fondos.

Terceras partes pueden también cometer fraude mediante su acceso a un sistema y manipulación del mismo, en particular en redes telemáticas donde la utilización de sistemas de telecomunicación facilita dicho acceso fraudulento. Cuando el defraudador interfiere con dichos sistemas, por ejemplo paralizándolos mediante el bloqueo deliberado de sus líneas, el término utilizado es sabotaje informático o telemático.

Otra forma de fraude consiste en la utilización ilegal por parte de una persona de su derecho de acceso a un sistema, tal como la utilización de un sistema de transferencia electrónica de fondos por encima del límite de crédito establecido por el banco.

### C *Conclusión*

En el caso tanto del error como del fraude, el riesgo aumenta con la complejidad del sistema requerido para el proceso o la comunicación de la información.

Esta complejidad resulta tanto del número de ordenadores y de la cantidad de «software» como del número de operaciones realizadas.

<sup>8</sup> D. B. Parker, *Combattre la criminalité informatique*, Paris, OROS, 1985 y M. Comer, *How to prevent computer fraud*, Asian Banking, 1982, 35-37.

<sup>9</sup> M. Briat, «La fraude informatique», *L'Observateur de l'O.C.D.E.*, marzo 1984, páginas 36 a 38.

De este modo las redes telemáticas están expuestas a este riesgo en una mayor medida que los sistemas individuales debido a la implicación de un mayor número de personas y ordenadores y sobre todo a la vulnerabilidad de las intercomunicaciones entre estos ordenadores. Además, los datos que están simplemente almacenados en un ordenador se encontrarán menos sujetos a riesgo que los datos valiosos que experimentan un proceso más complejo.

No debería pensarse a partir de este breve esbozo de los riesgos que amenazan la credibilidad de los documentos procesados por ordenador o creados por telemática que no se pueda confiar en ellos. Al contrario, métodos efectivos de prevención, detección y corrección disminuyen significativamente los efectos del error y del fraude. Por último, debería recordarse que el valor de un documento de ordenador dependerá siempre del valor de los datos cargados en memoria en primer lugar, tal como se expresa mediante la sigla «gigo» («garbage in, garbage out»: material desechable de entrada, material desechable de salida).

## 2. EL ENFOQUE DE LA «COMMON LAW»

El derecho de prueba conforme al sistema de la «Common Law», que se caracteriza por la riqueza, la precisión y el tecnicismo de sus reglas, contiene dos principios fundamentales que parecen constituir obstáculos fundamentales para la admisibilidad de documentos de ordenador y telemáticos como prueba de la información que contienen. Estas reglas son la regla de testimonio y la regla de mejor prueba.

En virtud de la regla de testimonio, la prueba oral, que es una forma privilegiada de prueba conforme a la «Common Law», es sólo admisible si es facilitada por la persona que tenga conocimiento personal de los hechos que esté aseverando. Es en realidad la única persona que puede ser sometida válidamente a contrainterrogatorio sobre esos hechos.

Aplicada a la prueba escrita, esta regla significa que un documento no es admisible a no ser que su autor esté presente para testificar ante el tribunal sobre su contenido. Así cuando los datos, por ejemplo facturas, se introducen en un ordenador y se presentan entonces en forma de un documento de ordenador, la información original ha pasado a través de varios «manos»: las del autor del documento original (en nuestro ejemplo

la factura), las del codificador, que no es necesariamente la misma persona o ni siquiera responsable ante él (v. gr. en el caso de una agencia de servicios) y finalmente las del ordenador, ya que al procesar y almacenar la información es capaz de alterarla. Puesto que por su naturaleza los ordenadores no pueden ser sometidos a contrainterrogatorio, los tratadistas legales<sup>10</sup> y la jurisprudencia<sup>11</sup> han considerado siempre que los documentos de ordenador constituyen testimonio.

En virtud de la regla de mejor prueba, un documento es sólo admisible en principio si se presenta en su versión original. Los documentos de ordenador son a menudo sólo transcripciones de documentos «tradicionales» (facturas, formularios de pedido, etc.), que constituyen los originales; éstos se destruyen a menudo una vez registrados en el ordenador. Incluso cuando no hay documento de ordenador, por ejemplo en el caso de registro directo, se considera el original los datos contenidos en el ordenador en forma magnética o electrónica y la impresión de máquina sobre la cual aparecen los datos en forma legible es sólo una transcripción de dichos datos y, como tal, no es admisible ante un tribunal.

Afortunadamente, tanto en el derecho americano como en el inglés hay numerosas excepciones a las reglas de mejor prueba y de testimonio y su aplicación a los documentos de ordenador se examinará ahora.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> D. Bender, *Computer Law: Evidence and Procedure*, M. Bender, Ed., 1978; W. A. Fenwick y G. K. Davidson, obra citada más arriba nota 3; F. B. Lacey, «Scientific Evidence», *Jurimetrics Journal*, 1984, pp. 254 a 272; L. E. Mills, K. J. Lincoln y C. E. Laughead, «Computer Output, its Admissibility into Evidence», *Law and Computer Technology*, 1970, páginas 14 a 21; R. Reese, obra citada más arriba nota 3; J. J. Roberts, «A Practitioner's Primer on Computer Generated Evidence», *University of Chic. Law Rev.*, 1974, pp. 254 a 280; N. E. Smith, «Evidence Admissibility of Computer Business Records, an Exception to the Hearsay Rule», *North Carolina Law Rev.*, 1969-1970, págs. 687 a 697; C. Tapper, «Evidence from Computer», *Georgia Law Review*, 1974, pp. 562 a 613; R. P. Wallace, «Computer Printouts of Business Records and their Admissibility in New York», *Alabany Law Rev.*, 1967, pp. 61 a 73; ver «Appropriate Foundation Requirements for Admitting Computer Printouts into Evidence», *Wash. Univ. Law Quart.*, 1977, pp. 59 a 93.

<sup>11</sup> Cf. en particular en derecho americano, *Transport Indemnity Co. v. Seib*, 178 Neb. 253, 132, N.W. 2d 871 (1965); *United States v. De Georgia*, 420 F. 2d 889 (9th Cir. 1969); *King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp.*, 222, SO 2d, 393 (Miss 1969); y en derecho inglés: *Meyers v. Director of Public Prosecutions* (1965) AC 1001; *Regina v. Pettigrew* (1980) 71 G. App. R., p. 39 y *Regina v. Ewing* (1983), 3 WLR 1.

<sup>12</sup> No vamos a examinar aquí la situación en otras jurisdicciones de la «Common Law». Mencionaremos simplemente que en Australia, la Ley de Prueba de Australia del Sur («South Australian Evidence Act») 1972, se basa en la Ley de Prueba Civil («Civil Evidence Act»)

## A. La regla de testimonio

### Derecho inglés

En ausencia de excepciones jurisprudenciales a la regla de testimonio que concedan la admisibilidad de documentos de ordenador como prueba de los hechos que contienen y dado el hecho de que es imposible para los tribunales crear nuevas excepciones a esta regla,<sup>13</sup> la legislatura intervino en 1968<sup>14</sup> e introdujo, junto con nuevas disposiciones generales referentes al testimonio, disposiciones referentes específicamente a documentos de ordenador.

En sus disposiciones de aplicación general, la Ley de Prueba Civil («Civil Evidence Act») 1968 permite la admisibilidad de testimonio de «primera mano».<sup>15</sup> Aplicada a los ordenadores, esta regla significa que un documento de ordenador es admisible si la persona que cargó en memoria los datos tenía un conocimiento personal de ello, o si actuaba en el ejercicio de su obligación, los recibió de una persona que tenía dicho conocimiento.<sup>16</sup>

Estas disposiciones no se aplican cuando un documento de ordenador no tiene por original un documento del cual una persona tenga un co-

1968, al tiempo que se aparta de ella para tener en cuenta ciertas críticas que se han dirigido a la legislación inglesa. La ley australiana ha sido ya no obstante materia de propuestas reformas (ver *The Australian Law Journal*, vol. 56, 1982, p. 153). C. Tapper ha escrito un comentario sobre las disposiciones australianas en el artículo antes citado en nota 10 en páginas 604 a 612. En Sudáfrica, medidas adoptadas en 1983 permiten la presentación en prueba de documentos de ordenador a condición de que su autor pueda ser contrainterrogado y mediante presentación de una declaración jurada, de cuya obligación, no obstante, están exentos bancos, compañías de seguros y departamentos gubernamentales. Además, Canadá está planeando una reforma de la Ley de Pruebas canadiense («Canadian Evidence Act») 1982 (sec. 33). Cf. *Transnational Data Report*, vol. VI, n.º 5, p. 245. Por último, sobre el tema del arbitraje, la Comisión Estatal de Arbitraje de la URSS ha propuesto que los tribunales de arbitraje deberían aceptar los documentos de ordenador que se presenten ante ellos (*Transnational Data Report*, vol. VI, n.º 2, p. 75).

<sup>13</sup> La Cámara de los Lores decidió en *Myers v. Director of Public Prosecutions* (1965) AC 1001, que no podían crearse nuevas excepciones jurisprudenciales a la regla de testimonio.

<sup>14</sup> Civil Evidence Act 1968, Halsbury's Statutes of England, Annual Volume 1968, 1211.

<sup>15</sup> Civil Evidence Act 1968, sección 2.

<sup>16</sup> O incluso otras personas que actúen también en el ejercicio de sus obligaciones mientras al final de la cadena se encuentre alguien con un conocimiento personal de la información (ver sección 4 de la Civil Evidence Act 1968).

nocimiento directo y personal. Tal es el caso de una transacción realizada en una máquina cajero automático o de un registro mediante lectura óptica. En estas circunstancias, la sección 5 de la Ley de Prueba («Civil Evidence Act») establece condiciones específicas referentes exclusivamente a la admisibilidad de prueba en forma de documentos de ordenador.

En virtud de estas condiciones, un documento de ordenador será admisible como prueba si:

- fue producido por un ordenador que se utiliza regularmente para las actividades normales de su usuario;
- el ordenador es regularmente provisto de información del tipo contenido en el documento presentado como prueba;
- el ordenador estaba funcionando adecuadamente en el momento del registro de la información;
- la información contenida en el documento reproduce o se deriva de información proporcionada al ordenador.

En virtud de la sección 5 (4) de la Ley, un certificado que identifique el documento, que describa la manera en que fue producido y cualquier mecanismo implicado en su producción así como cualquier otro tipo de información útil referente a las condiciones contenidas en la subsección (2) debe presentarse al tribunal firmado por una persona que ocupe una posición responsable en relación al funcionamiento del proceso pertinente o a la dirección de las actividades pertinentes.

Si el documento cumpliera estas condiciones, será declarado admisible y corresponderá entonces al tribunal ponderar su valor probatorio teniendo en cuenta todas las circunstancias, en particular el grado de simultaneidad entre la aparición de un hecho y su registro en el ordenador así como el interés que una persona que esté implicada pudiera tener en alterar los datos.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Resulta de la jurisprudencia americana que las partes raramente impugnan el valor probatorio de documentos de ordenador una vez que éstos han sido declarados admisibles por el tribunal (ver D. Bender, obra citada más arriba nota 10, p. 82). La jurisprudencia inglesa sobre este tema es insuficiente para permitir extraer conclusiones.

Estas disposiciones han sido muy criticadas<sup>18</sup> por las definiciones que contienen y por las condiciones de admisibilidad que establecen. Por ejemplo, la definición de ordenador queda limitada al «hardware» y no hace mención del «software». En consecuencia el requisito de funcionamiento adecuado no incluye los programas, que pueden, no obstante, constituir la fuente de errores.

Otra crítica a la Ley consiste en que carece de estipulación para la verificación de la exactitud de la información original que haya sido procesada con posterioridad por ordenador. Si esta información es errónea, el documento de ordenador será igualmente erróneo: material desechable de entrada, material desechable de salida («garbage in, garbage out»).

En paralelo con esta adaptación del derecho por la Ley de Prueba Civil («Civil Evidence Act»), la legislatura inglesa ha reconocido también específicamente el valor de los documentos de ordenador en ciertas áreas particulares. Así, en el sector bancario, la Ley Bancaria («Banking Act») 1979, que modifica la Ley de Prueba de Libros Bancarios («Bankers' Books Evidence Act») 1879, reconoce expresamente que los «libros bancarios» incluyen informes «mantenidos en microfilm, cinta magnética o cualquier otra forma de mecanismos de reproducción de datos de tipo mecánico o electrónico». Del mismo modo, la Ley de Bolsa («Stock Exchange Act») 1976 permite a las empresas comerciales llevar los libros que las Leyes de Compañías («Companies Acts») les obligan a llevar de manera que no sea en forma directamente legible mientras puedan reproducirse en forma legible.

## 2. Derecho americano

Hay una excepción jurisprudencial en los Estados Unidos a la regla prohibiendo la prueba de oídas que es conocida como la excepción de registros de negocio; ésta fue introducida en la legislación federal<sup>19</sup> y adoptada sin mayor alteración por la mayoría de los Estados. Esta excepción

<sup>18</sup> A. Kelman y R. Sizer, *The Computer in Court*, Aldershot, Gower, 1982, 21; C. Tapper, obra citada más arriba nota 10, p. 604 a 612; R. Sizer, *Computer Generated Output as Admissible Evidence in Civil and Criminal Cases*, A Report by the Professional Advisory Committee of the British Computer Society, 1982, p. 831.

<sup>19</sup> The Uniform Business Records as Evidence Act and the Uniform Rules of Evidence, 9 A.U.L.A. (1965).

dispone que los registros de negocio<sup>20</sup> serán admisibles como prueba sin el requisito de prueba oral por su autor si las transacciones que registran se realizaron en el curso normal y regular del negocio y fueron registradas en el momento o poco después de que se realizaron.<sup>21</sup>

Puesto que estas condiciones de admisibilidad están basadas en las circunstancias que rodean al registro de la información y no a su forma, la jurisprudencia ha podido recurrir a la excepción de registros de negocio para permitir la admisibilidad de documentos de ordenador.

Este uso de la excepción puede sin embargo ser criticado: la información se almacena a menudo sólo en forma electrónica o magnética y sólo se imprime en forma legible (es decir, por el hombre) si resulta necesario (v. gr. cuando hay una controversia), lo que puede ser mucho después de su registro. La consecuencia es que podría reclamarse que en el estricto sentido legal no se cumple ni el requisito de regularidad ni el de simultaneidad.

Estos argumentos fueron rechazados en una importante resolución del Tribunal Supremo de Nebraska,<sup>22</sup> que dio origen a mucha jurisprudencia<sup>23</sup> sobre la materia. La sentencia del Tribunal Supremo confirma que debe darse una amplia intervención a la excepción de registros de negocio porque su propósito es «hacer entrar las realidades de la práctica de negocios y profesional en la sala del tribunal». El tribunal añadió que los requisitos de regularidad y simultaneidad deben cumplirse en el momento de la introducción de la información en el ordenador y no en el momento de la impresión del documento de ordenador.

Con arreglo a la excepción de registros de negocio, dichos documentos son admisibles sin necesidad de prueba en persona por sus autores. Pueden presentarse por la persona responsable del sistema informático o

<sup>20</sup> El término «negocio» incluye negocio, institución, asociación, oficio, ocupación y profesión de cualquier tipo, ya se lleve a cabo o no por lucro.

<sup>21</sup> Ver en particular artículo 63 (13) de las Reglas Uniformes de Prueba («Uniform Rules of Evidence»).

<sup>22</sup> *Transport Indemnity Co. v. Seib.*, 178, Neb 253, 132 N.W. 2d 271, 11 ALR 3d 1368 (1965) con nota por J. Evans.

<sup>23</sup> Ver en particular *King v. ex. rel. Murdock Acceptance Corp.*, 222 SO 2d 393 (1969); *Merrick v. U.S. Rubber Co.*, 7 Ariz. App. 433, 440 P 2d 314 (1968) y *United States v. De Georgia*, 420 F 2d 889 (1969).



por cualquier otro empleado de la compañía que esté plenamente informado acerca del sistema de registro, proceso y almacenamiento de información.<sup>24</sup> Esta persona explicará al tribunal los procedimientos de detección y corrección de errores y dará testimonio sobre la fiabilidad del sistema, su adecuado funcionamiento, etc. Había anteriormente un requisito de que el ordenador fuera de un tipo estándar, pero esto ha sido abolido ahora ya que actuaba como un freno sobre el desarrollo técnico.

Debido a la gran flexibilidad de la excepción de registros de negocio, no hubo necesidad de actuación de la legislatura para permitir la admisibilidad de documentos de ordenador. La legislatura federal adoptó sin embargo una nueva fórmula para las Reglas de Prueba Federales («Federal Rules of Evidence») y declaró que la excepción se aplicará a la información almacenada «en cualquier forma», que, con arreglo a los comentarios oficiales,<sup>26</sup> incluye información almacenada por ordenador.

En la medida en que esto confirma un cuerpo de jurisprudencia ya firmemente establecido, esta disposición no era realmente necesaria. Sin embargo, puede resultar útil cuando se descubran nuevas técnicas de proceso y almacenamiento de datos.

## B. La regla de mejor prueba

### 1. Derecho inglés

La presentación de una copia como prueba del contenido de su original está permitido si la parte que ejercita este derecho prueba que no pudo obtener el original.<sup>27</sup> Gracias a sus términos muy generales, esta excepción permite la eliminación de los obstáculos creados por la regla de mejor prueba a la admisibilidad de documentos de ordenador ante los tribunales. Para

<sup>24</sup> Ver en particular *United States v. Jones*, 554 F. 2d 251, 7 C.L.S.R. 322 (5th Cir 1977) y *United States v. Verlin*, 466 F. supp. 155, 7 C.L.S.R. 323 (N.D. Tex 1979).

<sup>25</sup> Federal Rules of Evidence, Pub. L. No. 93.595.88 Stat. 1926 (1975) Regla 803 (6) y (7).

<sup>26</sup> Ver «A Reconsideration of the Admissibility of Computer Generated Evidence», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, 1977, 432.

<sup>27</sup> *Lucas v. William and Sons* (1892) 2 Q.B. 113, p. 116, C.A. por Lord Esther, M.R.

probar su no disponibilidad, es suficiente demostrar que los originales de tales documentos fueron destruidos en el curso normal del negocio o que nunca existieron (v. gr. registro directo).<sup>28</sup> El argumento de que el original es el documento en su forma magnética o electrónica tal como aparece en el ordenador y no la impresión del contenido de la memoria del ordenador parece insostenible para nosotros, puesto que en realidad sólo en calidad de impresión del contenido de la memoria resulta el documento legible por el hombre y susceptible por tanto de ser presentado ante un tribunal.

El requisito de prueba de la no disponibilidad del original fue abolido en 1982 para copias de películas y grabaciones sonoras por una decisión que sostuvo que eran fiables por su naturaleza.<sup>29</sup> De acuerdo con ciertos tratadistas, esta decisión podría aplicarse a documentos de ordenador.<sup>30</sup> Creemos que dicha interpretación debería matizarse: una ampliación de esta jurisprudencia a documentos de ordenador que contienen información que ha experimentado un proceso bastante complejo no nos parece bien fundada puesto que en las circunstancias la información original ha resultado alterada. No es ya por tanto una simple copia.

Hay también excepciones legislativas a la regla de mejor prueba. Así, la sección 5 de la Ley de Prueba Civil («Civil Evidence Act») 1968 dispone que la copia de un documento de ordenador (v. gr. sobre microfilm) es admisible si su conformidad con ese documento queda suficientemente probada a los ojos del tribunal. Los criterios de conformidad no están definidos en la Ley y que nosotros sepamos los tribunales no han aclarado todavía este punto.

### 2. Derecho americano

Al igual que en el derecho inglés, la admisibilidad de una copia depende de la prueba de la no disponibilidad del original. Este concepto de no disponibilidad ha sido interpretado muy ampliamente en relación a documentos de ordenador.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Ver en derecho americano *King v. State ex. rel. Murdock Acceptance Corp.*, referencia en nota 23 más arriba.

<sup>29</sup> *Kajala v. Noble*, (1982).

<sup>30</sup> A. Kelman y R. Sizer, *The Computer in Court*, Gower, 1982, p. 20 (a contrario).

<sup>31</sup> J. J. Roberts, obra citada más arriba nota 10 y *King v. Murdock Acceptance Corp.*, más arriba.

Otra excepción que puede utilizarse es la excepción de escritura voluminosa, en virtud de la cual un resumen (posiblemente en forma de documento de ordenador)<sup>32</sup> es admisible en lugar del original cuando éste es demasiado complejo o extenso para ser presentado ante el juez y cuando la parte contraria ha tenido la oportunidad de examinar los originales; esto presupone que no han sido destruidos.

### 3. EL ENFOQUE EN DERECHO FRANCÉS Y DERECHO BELGA

A diferencia de la «Common Law», el problema no surge en derecho francés y derecho belga en relación a la admisibilidad ante los juzgados y tribunales sino en cuanto al cumplimiento de requisitos legales referentes por una parte al almacenamiento de documentos y por otra a la conclusión de transacciones.

¿Es la práctica de registrar la información en ordenador y destruir entonces los originales compatible con el derecho de prueba y, de ser así, en qué condiciones? ¿Cumplen las transacciones que pueden actualmente realizarse por ordenador (denominadas «transacciones telemáticas») los requisitos de la ley referentes a prueba de actos legales?

#### A. Requisitos referentes al almacenamiento de documentos

##### 1. Disposiciones generales

Las cintas magnéticas de registro directo (es decir, que contienen información recibida directamente por el ordenador y que no tienen un documento escrito por original) constituyen probablemente originales a efectos del Código Civil.

Esta hipótesis no será examinada aquí, no obstante, por dos motivos: por una parte, el almacenamiento de larga duración en cintas magnéticas sólo proporciona de hecho una seguridad limitada y es una práctica relativamente poco común, mientras que por otra parte la presentación

<sup>32</sup> Ver *Harned v. Credit Bureau*, 513 2d, 650 (Wyo. 1973).

de esta información a efectos de procedimientos legales supone su transcripción en documentos de ordenador, que deben considerarse como copias.

No se cuestiona que el registro por ordenador de información cuya fuente sea un documento escrito y la transcripción de estos impulsos magnéticos o electrónicos en documentos de ordenador (impresiones del contenido de la memoria o microfilms COM)<sup>33</sup> conviertan a estos documentos en copias.

El artículo 1334 del Código Civil dispone que si el original existe todavía, las copias son sólo concluyentes en la medida de aquello contenido en el original cuya presentación pueda todavía requerirse. Su valor legal es por tanto en principio extremadamente precario, si bien los jueces tienden a concederles en materiales comerciales el mismo valor legal que al original. Sin embargo, dado el hecho de su novedad, las copias en forma de documentos de ordenador no inspirarían la misma confianza que las copias efectuadas mediante métodos más tradicionales (v. gr. fotocopias).

Esta es todavía la situación en el derecho belga, mientras que en 1980 la legislatura francesa modificó varias disposiciones del Código Civil referentes a la prueba. El nuevo artículo 1348, párrafo 2 del Código Civil francés concede acertadamente mayor valor probatorio a ciertos tipos de copia de lo que lo hace el artículo 1334: cuando el original ya no existe, puede ser sustituido válidamente por una copia «fiel y duradera». Una copia «duradera» se define como «una reproducción indeleble del original que implica una alteración irreversible del medio». El criterio de fidelidad es más difícil de cumplir: ¿cómo se puede juzgar la fidelidad de una copia en relación al original si este original ha desaparecido?<sup>35</sup>

Los documentos de ordenador son particularmente susceptibles de experimentar operaciones que no dejan huella. Hay a menudo un riesgo, por tanto, de que no cumplan el requisito de fidelidad establecido por el nuevo artículo 1348 del Código Civil francés. A efectos de cumplir este requisito legal, la norma A.F.N.O.R. Z 43061 establece las condiciones para

<sup>33</sup> «Computer Output Microfilm (COM) convierte en forma visible y legible la información que aparece en la cinta magnética de un ordenador», F. Chamoux, obra citada más arriba nota 1, p. 138.

<sup>34</sup> F. Chamoux, «La loi du 12 juillet 1980: une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve», *J.C.P.*, 1980, II, p. 13491.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

la producción de microfilms destinados a sustituir documentos originales. Ajustarse a este tipo de disposición requiere actualmente por desgracia la utilización de equipo sofisticado y caro,<sup>36</sup> que pocas compañías se encuentran en situación de adquirir.

El Gran Ducado de Luxemburgo se propone también revisar las disposiciones de su Código Civil que tratan de la prueba, concediendo en particular a las reproducciones micrográficas y registros de ordenador el mismo valor probatorio que a los documentos escritos. Estos gozarían de una presunción rebatible de fidelidad al original, si el original se ha destruido en el curso normal del negocio. Este sería un caso de una jurisdicción de Derecho Civil que adoptase un concepto de derecho americano.

## 2. Disposiciones específicas

Además de las disposiciones del Código Civil, hay disposiciones en ciertas áreas, en particular legislación fiscal, contable y de empleo y seguridad social, referentes al mantenimiento y almacenamiento de ciertos documentos.

### a) Derecho belga

Desde el punto de vista de *legislación contable*,<sup>37</sup> la legislación belga no impide el llevar libros de cuentas en forma de documento de ordenador, mientras cumplan los diversos requisitos de la legislación contable,<sup>38</sup> en particular el requisito referente a la inteligibilidad e inalterabilidad. El primero quedará cumplido si los documentos de ordenador se imprimen de forma fácilmente legible (v. gr. listados), el segundo estampando una firma a través de la página del libro de cuentas y del documento de ordenador unido a él.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Para una descripción técnica, ver M. Bougon, «Naissance d'une méthode et d'une technique nouvelle en micrographie», *C.I.M.A.B. Encyclopédie*, septiembre 1980.

<sup>37</sup> Ver C. Van Wymeersch, J. Autenne y J. de Lame, *Le statut comptable et fiscal de l'information*, Actes du Cycle de cours et conférences sur les contrats informatiques, Namur, 1984.

<sup>38</sup> Ver la Ley de 17 de julio de 1975, en particular art. 8, párr. 2 y 9 párr. 1 y el Real Decreto de 12 de septiembre de 1983, en particular artículo 8.

<sup>39</sup> P. Lurkin, *Le Nouveau Droit Comptable Belge*, Bruselas, F.E.B., 1979, p. 191.

Los documentos contables, que deben en principio llevarse durante diez años,<sup>40</sup> pueden ser bien el original o una copia, en microfilm o de una forma similar.<sup>41</sup>

En *legislación fiscal*, las cuentas informatizadas pueden utilizarse como base de una decisión por la administración fiscal, incluso si los requisitos de la legislación contable (ver arriba) no se han cumplido.<sup>42</sup> En la medida en que las autoridades fiscales estén implicadas, el requisito de mantener prueba documentaria depende en principio de los documentos originales, si bien la práctica administrativa permite que en ciertas condiciones se mantengan en microfilm, incluyendo microfilm COM.<sup>43</sup>

Por último, en lo referente a *legislación de empleo y seguridad social*, se ha establecido<sup>44</sup> que el artículo 24 del Real Decreto de 8 de agosto de 1980 sobre el mantenimiento de registros de empleo y seguridad social permite a los empresarios llevar dichos registros en forma diferente de la del original con tal que sean plenamente legibles y que la forma de reproducción utilizada permita la realización de comprobaciones efectivas.

### b) Derecho francés

Los Decretos de 27 de abril de 1982 que introducen el programa *comptable* y el borrador de legislación contable estipulan el mantenimiento de cuentas informatizadas.<sup>45</sup> Estas nuevas disposiciones legales que tratan de cuentas han abolido el concepto de libros de cuentas y hacen referencia

<sup>40</sup> Ley de 17 de julio de 1975, art. 9, párr. 2 y Real Decreto de 12 de septiembre de 1983, art. 9.

<sup>41</sup> P. Lurkin, obra citada, p. 22.

<sup>42</sup> Gent, 3 de junio de 1980, *J.C.B.*, 1982, p. 405, sobre la teneduría de libros por abogados y otras profesiones liberales, ver *Interpelaciones Parlamentarias* n.º 252 de 15 de marzo de 1984, Q.R. Chambre, 17 de abril de 1984 y n.º 224 de 18 de abril de 1984, Q. R. Sénat, 5 de junio de 1984.

<sup>43</sup> Para más detalles, ver C. Van Wymeersch, J. Autenne y J. de Lame, obra citada más arriba nota 37, pp. 9 y 10.

<sup>44</sup> *Interpelaciones Parlamentarias* n.º 212 de 26 de septiembre de 1980, Q. R. Chambre, 4 de noviembre de 1980.

<sup>45</sup> Para un comentario más detallado sobre estas disposiciones, se recomienda consultar el excelente artículo de A. Bensoussan, «Droit et comptabilité informatique», *QI Informatique*, n.º 168, abril 1983, 110 y 111, n.º 169, mayo 1983, 102 y 103 y n.º 170, junio-julio 1983, 140 y 141.

a «documentos y registros de cuentas» y, por último, dan validez a «todos los sistemas fiables de información».<sup>46</sup>

Las «Disposiciones generales del Nuevo Programa Contable referentes a la utilización de procesamiento automático» estipulan asimismo que «el sistema de procesamiento debe establecer informes periódicos sobre papel o sobre cualquier medio que proporcione condiciones precisas referentes a la garantía y almacenamiento a efectos de prueba».<sup>47</sup> Esto significa que, dado el presente estado de la técnica, sólo pueden utilizarse listados o microfilms que cumplan la norma A.F.N.O.R. Z 43061.<sup>48</sup>

No se han dictado reglas que regulen el almacenamiento de prueba contable documental. En este caso son de aplicación las disposiciones ordinarias de la ley contenidas en el Código Civil, examinadas más arriba en relación al requisito de almacenamiento ya sea del original o de una copia «fiel y duradera».

A nivel *fiscal*, no hay efectivamente regla que regule la presentación y mantenimiento de cuentas. Sin embargo, las cuentas que no se ajusten a las leyes pertinentes corren el riesgo de ser rechazadas por las autoridades fiscales.<sup>49</sup> En cuanto al mantenimiento de prueba documental, se permite cualquier tipo de copia, incluyendo copias electrónicas, en cuanto se trate de documentos mandados por compañías. Por otra parte, los documentos recibidos por compañías deben mantenerse en su forma original.<sup>50</sup>

Por último, la legislación de *empleo y seguridad social* permite la utilización de microfilms para el almacenamiento de información referente a resguardos de entrega, con tal de que se cumplan ciertas condiciones referentes a la consulta por parte de las autoridades pertinentes.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> A. Bensoussan, obra citada nota 45, *01 Informatique*, n.º 168, abril 1983, 111.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Cf. más arriba.

<sup>49</sup> Cf. «La valeur légale des microformes», *C.I.M.A.B. Encyclopédie*, abril 1975, p. 3.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Circular n.º 38 de 29 de julio de 1969 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Población.

## B. Requisitos referentes a la prueba de transacciones<sup>52</sup>

### . El problema

La combinación de ordenadores y telecomunicaciones, conocida mediante el término «telemática», permite la realización a larga distancia de ciertas transacciones, tales como la transferencia electrónica de fondos, el pedido de productos de consumo y la consulta de bancos de datos.

Si la ventaja de la telemática consiste en la velocidad incrementada a la que pueden concluirse los contratos, el inconveniente consiste en la transitoriedad de las operaciones. La información aparece y desaparece en la pantalla, haciendo difícil mantener un registro de una operación.

Además, incluso si resulta posible establecer la existencia y los detalles de un contrato, la identidad de las partes no es por eso cierta. La identificación del terminal no lleva automáticamente a la identificación de la persona que ejecuta la transacción. Incluso una contraseña o código secreto sólo identifica a la persona que tiene acceso a la red y no a la persona que lleva a cabo realmente la operación.

De este modo, la prueba de la transacción suscita tres cuestiones diferentes:

1. Prueba de la existencia de un contrato: el alegato de mayor alcance sobre este punto es el que reclama que si está en duda todo el principio de un contrato, corresponde a la parte que reclama el beneficio de ello demostrar que fue apropiadamente concluido.

2. Prueba de los detalles del contrato: la existencia del contrato no se discute, sólo algunas de sus disposiciones (v. gr. fecha de entrega, método de pago, etc.).

<sup>52</sup> Ver sobre este punto Y. Pouillet y X. Thunis, «Introduction aux aspects juridiques de la télématique», en «La Telematique, Aspects Techniques, Juridiques et Socio-politiques», Actes du Colloque de Namur, *Gent Story Scientia*, 1984, vol. 1, n.º 60 y sig.

<sup>53</sup> F. Chamoux, «La force probante des supports modernes d'information», *Informatique et Gestion*, 1981, n.º 126, pp. 25 y 26.

### 3. Prueba de la identidad de las partes del contrato.

Estas cuestiones se examinan más abajo en relación al derecho francés y belga en su conjunto. Cuando una disposición es propia de sólo una jurisdicción, se menciona el hecho.

## 2. Los requisitos legales

### a) La distinción entre actos legales y hechos legales

El Derecho Civil efectúa una clara distinción entre la prueba de actos legales y la de hechos legales. La distinción entre las dos nociones no es algo sencillo.<sup>54</sup> «Es que el hecho legal es un hecho social, un hecho humano. “Pienso luego existo” le lleva a uno a la opinión de que los hechos legales están unidos al individuo y son así de su propio acuerdo. Sin embargo, y aquí es donde se encuentra la distinción con los actos legales, las consecuencias jurídicas de los hechos legales son independientes de la voluntad del autor de los hechos... una característica de los hechos legales es dejar sin determinar el ámbito exacto de sus efectos.»<sup>55</sup>

La distinción entre actos legales y hechos legales puede no ser sencilla pero sus consecuencias para el derecho de prueba son importantes.

Los hechos legales pueden probarse por cualquier medio que la ley permita: presunción, prueba oral, confesión, etc. Por otra parte, el Código requiere en principio que los actos legales se prueben mediante un documento escrito firmado con valor probatorio.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cf. la tesis de Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, París, 1970.

<sup>55</sup> J. L. Aubert, «Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contract» (Tesis, París), 1970, p. 188.

<sup>56</sup> N.b. que las propuestas para la reforma del derecho de prueba en el Gran Ducado de Luxemburgo representaría una interpretación más amplia del concepto de firma al incluir cualquier marca que identifique individualmente a una persona por la cual manifieste su consentimiento. Una tal interpretación reconocería el valor de la «firma electrónica» (v. gr. códigos de identidad secretos).

Este requisito ha sido reiterado en numerosas ocasiones.<sup>57</sup> En particular, los jueces han rehusado considerar como documentos escritos intercambios de correspondencia por teleimpresora sobre la base de que los originales, mecanografiados a distancia, no están firmados y no pueden por tanto considerarse como documentos firmados.<sup>58</sup>

### b) El principio

El artículo 1341 del Código Civil establece el principio de que un acto legal debe probarse mediante un documento escrito (ya sea autenticado o firmado por el autor).

La aplicación de este principio a los contratos concluidos por telemática le llevan a uno a poner en duda el valor probatorio de estos contratos: los contratos transmitidos a través de redes telemáticas se desmaterializan; la firma escrita, que es la expresión de la personalidad del individuo y su acto de acuerdo al contenido de un documento, desaparece.<sup>59</sup>

Cualesquiera huellas magnéticas o electrónicas supervivientes a la transacción no pueden por tanto, o así resultaría, tener valor probatorio o ayudar a establecer la verdad a efectos legales.

Esta afirmación más bien atrevida debe matizarse.

<sup>57</sup> A pesar de la Recomendación n.º R (81) 20 de 11 de diciembre de 1981 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que solicita a los gobiernos de aquellos Estados miembros cuya legislación imponga prueba mediante documento escrito «examinar la posibilidad de abolir este requisito». Acerca de este requisito y la Recomendación, ver X. Linant de Bellefonds, *L'informatique et le droit*, P.U.F., 1983, p. 43.

<sup>58</sup> Cass. comm. fr. 19 nov. 1973, Bull. civ., 1973, IV, n.º 333; G. Goubeaux y D. Rihl, *Preuve*, Dalloz, Rép. dr. Comm.

<sup>59</sup> Este argumento no es concluyente puesto que como indica F. Chamoux (obra citada, nota 1), un código secreto es un método de identificación mucho más seguro que una firma. Vale la pena también indicar que una serie completa de borradores de convenciones internacionales (sobre cheques, pagarés, letras de cambio, documentos comerciales de transporte) aceptan medios mecánicos o electrónicos de identificación (cf. «Aspects juridiques du traitement automatique des données», Report of the Secretary General, United Nations Commission on International Trade, A/CN.9/254 8 mayo 1984, 3 n.º 8). Cf. asimismo el concepto de firma en las propuestas reformas de Luxemburgo, más arriba nota 56.

c) *Las excepciones al principio y su aplicación a los contratos telemáticos*

Hay numerosas excepciones. Por ejemplo:

- Transacciones que implican pequeñas cantidades de dinero (hasta 5.000 francos franceses y 3.000 francos belgas) pueden probarse por cualesquiera medios legales. Este será a menudo el caso cuando se trate de operaciones realizadas en cajeros de banca automática y puntos de venta<sup>60</sup> y consultas de bancos de datos.
- El artículo 1341 del Código Civil se aplicará cuando el asunto, es decir, el acto esté sujeto al derecho civil (art. 1341, párr. 2). En asuntos mercantiles, la prueba no está restringida y todas las formas de prueba son admisibles a discreción del juez.<sup>61</sup>

Así, el requisito de prueba escrita se siente menos en la utilización de la telemática en los negocios que en su utilización privada ya que la primera implica a menudo contacto entre comerciantes, mientras que la segunda, en la mayoría de los casos, hace posible la conclusión a larga distancia de contratos entre comerciantes y no comerciantes. El acto es por tanto «mixto» y la calidad del demandado es lo que constituye el factor determinante a efectos del derecho de prueba.

Además, conforme a muchos tratadistas,<sup>62</sup> el artículo 1341 del Código Civil no es ni una disposición mandatoria ni una disposición de or-

<sup>60</sup> Ver D. Syx, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, Bruselas, Kredietbank, 1982.

<sup>61</sup> Sobre este punto ver en particular J. Van Ryn y J. Heenen, *Principes de droit commercial*, vol. 1, 2.ª ed. 1975, p. 484 sobre artículo 109 del Código de Comercio Francés, al que da efecto la Ley de 12 de julio de 1980: «Con respecto a los comerciantes, los actos comerciales pueden ser probados por cualquier tipo de medios».

<sup>62</sup> X. Malengraux, «Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents», *Annales de Droit de Louvain*, 1982, p. 117 y las referencias citadas en nota 28. Cf. en la jurisprudencia, recientemente Cass. française 7 enero 1982, Bull. cass. 1982, III, 4: «El Tribunal de Apelación no cumplió los términos del nuevo artículo 202 del Código Procesal al rechazar declaraciones escritas sobre la base de que sus autores no habían respetado las condiciones referentes a la forma estipuladas por el artículo, mientras que la penalidad por el incumplimiento de estas condiciones no es la nulidad».

den público. Sería por tanto posible apartarse de la regla del documento escrito en una cláusula probatoria que afirmase que las transacciones legales realizadas en un sistema telemático pueden probarse por cualesquiera medios legales.

Esta cláusula podría estar redactada en forma de una regulación general aplicable a todas las operaciones telemáticas. Esta regulación general y en particular la cláusula probatoria, procedente de la persona que proporciona la información por ordenador, tendría que ponerse en conocimiento del usuario.

El concepto de cláusula probatoria no es poco realista en el caso de contratos concluidos mediante documento escrito y realizados por telemática, como en el caso de una suscripción a información financiera. De hecho, la clasificación de este tipo de contrato como un contrato de servicio para el suministro de información permite que el problema de la prueba se resuelva fácilmente. El contrato escrito mediante el cual la compañía de base de datos se compromete a transmitir información financiera al usuario puede analizarse de dos formas: ¿Se trata de un contrato marco que a cada petición separada de información va seguido por acuerdos de aplicación de dicho contrato o se trata de un contrato individual sobre el que se basan peticiones subsiguientes de información, constituyendo las respuestas a estas peticiones el cumplimiento de este contrato individual?

Si no hay cláusula probatoria en el contrato marco y se considera que la primera alternativa es correcta, hay un riesgo de que aparezcan problemas probatorios. Por otra parte, si se considera que la segunda alternativa es la correcta, la existencia de una cláusula probatoria no modifica significativamente la situación puesto que el cumplimiento de un contrato constituiría en cualquier caso un hecho legal,<sup>63</sup> que puede probarse por cualquier medio con arreglo a la ley.

Por último, otra situación en la que no se aplica el artículo 1341 del Código Civil es cuando no ha sido posible para la persona que alega el hecho recoger prueba documentaria de la obligación contractual realizada en su favor (artículo 1348 del Código Civil) o cuando hay una prueba

<sup>63</sup> Según N. Catala, «La nature juridique du paiement», París, L.D.G.J., 1961. En efecto, es la legislación la que, de plano, une un efecto extintivo a esta situación de hecho constituida por el pago al acreedor.

escrita que no cumple estrictamente los requisitos de la legislación contractual (artículo 1347).

Según varios tratadistas, la utilización de sistemas informáticos o redes telemáticas, al menos por parte de individuos privados, constituye la excepción contenida en el artículo 1348 e incluso la expresada en el artículo 1347. Esta interpretación está de acuerdo con la teoría jurisprudencial extensiva de la imposibilidad de mantener prueba escrita para sí mismo.<sup>65</sup>

La reciente Ley de 12 de julio de 1980 en Francia confirmó este desarrollo jurisprudencial estipulando la exención del requisito de prueba escrita en casos de que haya una «imposibilidad material» de obtener dicha prueba. Tal como observa F. Chamoux,<sup>66</sup> «resultará relativamente fácil para un juez considerar que ha sido imposible que un documento escrito se redacte, cada vez que el propio juez se encuentre tratando de la transmisión de información que nunca aparece en forma material».

Queda claro de este análisis del artículo 1341 del Código Civil que el principio del documento escrito firmado (instrumento) que se requiere para la prueba de un acto legal está sujeto a amplias excepciones lo que, en el análisis final, significa que muy raramente se aplica a transacciones telemáticas.<sup>67</sup>

#### 4. HACIA SOLUCIONES TÉCNICAS

Puede verse que las excepciones legales y jurisprudenciales a los principios de largo arraigo que dirigen el derecho de prueba en el sistema de la «Common Law» permiten, en la mayoría de los casos la admisibilidad de documentos de ordenador. Puede verse también que los requisitos le-

<sup>64</sup> Ver D. Syx, obra citada más arriba, nota 60 y X. Linant de Bellefonds, obra citada más arriba, nota 57, p. 122.

<sup>65</sup> Sobre este punto ver X. Malengraux, obra citada más arriba, nota 62, 116; asimismo J. Van Rijn y J. Heenen, *Traité de droit commercial*, vol. 1, p. 481; P. Malinvaud, «L'impossibilité de la preuve écrite», J.C.P. 1972, I, 2468. En jurisprudencia belga, Liège, 20 junio de 1978, Jur. Liège, 21 octubre 1978.

<sup>66</sup> F. Chamoux, artículo citado más arriba, nota 34.

<sup>67</sup> En lo referente a arbitraje, la Comisión Estatal de Arbitraje de la URSS ha recomendado a los tribunales de arbitraje conceder a las transacciones concluidas por ordenador el mismo valor que las concluidas mediante documento escrito. Ver *Transnational Data Report*, vol. 6, n.º 2, p. 75.

gales de los países «continentales» arriba examinados tienen en cuenta muy a menudo técnicas modernas de almacenamiento de documentos y conclusión de contratos que incluyen ordenadores y telemática.

Ello no significa, sin embargo, que todos los problemas estén resueltos. Puesto que si un documento es declarado admisible por un tribunal, si una parte en un contrato puede confiar en una transacción telemática sin tener un documento escrito firmado, tiene todavía la tarea de convencer al juez de la fiabilidad de dichos documentos. Tal como puede verse a partir de la opinión de un juez americano, ello no será siempre fácil: «Como uno de los muchos que han recibido facturas informatizadas y cartas de requerimiento por cuentas pagadas hace tiempo, no estoy dispuesto a aceptar el producto de un ordenador como equivalente a la Sagrada Escritura».<sup>68</sup>

Las dificultades más agudas surgirán en relación a las transacciones telemáticas. Esta ponencia no va a facilitar un análisis de los métodos técnicos de aportación de prueba.<sup>69</sup> En lugar de ello, se perfilarán ciertas técnicas que pueden proporcionar una solución a los problemas de prueba en los tres niveles en que surgen.<sup>70</sup>

#### *Prueba de la existencia del contrato*

Actualmente, los terminales de facsímil funcionan a la vez como receptores y copiadore. Sería posible utilizarlos para demostrar que una llamada se ha recibido en una fecha particular en un momento concreto. Sería también posible que el terminal estuviera equipado con una impresora que utilizase diferentes caracteres en función de si el mensaje procedía o no de un usuario particular. No obstante, ésa sería una solución cara.

<sup>68</sup> *Perma Research and Development v. Singer Co.*, 452, F. 2d 111 (1976), opinión disconforme de Juez Van Graafeiland.

<sup>69</sup> Para un análisis de estos métodos técnicos, ver H. Grissonanche, «Data Protection and Data Security Technology», A.D.I., mecanografiado, G.M.D., N.C.C., 1983, 24 y ss. y J. P. Chamoux y H. Grissonanche, «Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques», Rapport de synthèse, documento mecanografiado, septiembre 1980, p. 111 y ss.

<sup>70</sup> Ver los «niveles» de prueba considerados por H. Delahaie y H. Grissonanche, «Les nouveaux moyens de paiement ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique», *Les Cahiers de Droit*, 1982, vol. 24, pp. 292 a 295.

### *Prueba de la identidad de las partes*

Se ha indicado ya que la utilización de un código secreto (o número de suscripción) sólo permite la identificación del titular de dicha suscripción o de la persona que tiene acceso al sistema pero no de la persona efectiva que concluyó el contrato. Se requerirían por tanto algunos medios técnicos para permitir que una característica física de un individuo se reconociese a distancia. Estos medios técnicos serían particularmente útiles en relación al videotex y a la transferencia electrónica de fondos. Firmas legibles por máquina, huellas dactilares o impresiones de voz constituyen distintos tipos de posibilidades pero se encuentran todavía en la fase de investigación o prototipo.

Otra posibilidad podría ser la adopción de un sistema criptográfico que utilizase una clave pública; «resultaría técnicamente posible “firmar” la información de una forma tan convincente para las partes como una firma tradicional en un documento de papel».<sup>71</sup> La ventaja de este sistema consistiría en que probaría al mismo tiempo tanto la identidad de las partes como el contenido del contrato.

### *Prueba del contenido del contrato*

Cualquiera que sea el tipo de contrato telemático, es importante en caso de un litigio probar el contenido del contrato (v. gr. precio, cantidades encargadas) o los detalles del cumplimiento conforme a él debido (v. gr. información transmitida por videotex). Esto da origen a dos problemas.<sup>72</sup>

Debe probarse que el contenido de la transacción no ha sido alterado por el destinatario de la transmisión y que no fue alterado durante el curso de dicha transmisión. Aparte de la utilización de códigos a los que se accede por clave, no parece haber formas efectivas de resolver esto. Es posible que la utilización de caracteres que difieren como los caracteres de télex podría permitir el seguimiento de los mensajes transmitidos, pero

<sup>71</sup> «Aspects juridiques du traitement automatique des données», documento de la United Nations Commission on International Trade, A/CN.9/238, 18 marzo 1983.

<sup>72</sup> Ver J. P. Chamoux, H. Delahaie y A. Grissonanche, obra citada más arriba, nota 69, p. 36.

la fiabilidad de dicho seguimiento nunca podría ser completa. Por consiguiente, el valor presuntivo que se le concedería a ello sería limitado y sería incluso más difícil concederle el carácter de prueba contradictoria.

El coste y la complejidad de la mayoría de las soluciones técnicas que acaban de indicarse se basan en la presunción de que tanto el proveedor de servicios telemáticos como el usuario tienen suficientes medios financieros y técnicos a su disposición que les permiten poner en práctica dichas soluciones. Cuando se ofrecen servicios telemáticos a usuarios que no tienen tales recursos a su disposición, como en el caso de individuos privados, se sugiere que deberían promulgarse soluciones legislativas, con el doble objetivo de proteger los intereses de los consumidores frente a un tipo de contrato tentador y sencillo y de imponer requisitos en cuanto a la seguridad de procedimientos para el registro de mensajes transmitidos por el usuario.

Un buen ejemplo de una tal medida es el código inglés A.V.I.P. que estipula la confirmación escrita de una orden en un contrato concluido por telemática pero realizado por otros medios, en el marco del experimento PRESTEL.<sup>73</sup> Es una medida específicamente dirigida a la protección de los consumidores y, hay que decirlo, impone una pesada carga sobre los administradores de dichos sistemas. La naturaleza de esta confirmación escrita debe examinarse desde un punto de vista legal: ¿Se trata simplemente de prueba escrita con valor probatorio o demuestra la existencia del contrato?

El sistema americano establecido por la Ley de Transferencia Electrónica de Fondos («Electronic Fund Transfer Act») <sup>74</sup> es también digno de mención. En una acción legal entre un banco y un cliente entra en juego un procedimiento especial que implica una inversión de la carga de la prueba. Corresponde al banco demostrar que la fiabilidad y seguridad de su sistema proporcionan una garantía tan absoluta como sea posible de

<sup>73</sup> Este se refiere a pedidos de bienes y servicios procedentes de compañías de pedidos por correo.

<sup>74</sup> La Ley de Transferencia Electrónica de Fondos («The Electronic Fund Transfer Act») contiene otras interesantes disposiciones, tales como la obligación para los bancos de enviar frecuentes estados de cuenta que permitan al cliente seguir lo que acontezca en su cuenta.



la ausencia de errores en el registro de transacciones por telemática.<sup>75</sup> Hay que decir que después de cuatro años de experiencia, ciertos sistemas (que incluyen los cajeros de banca automática y puntos de venta belgas) han demostrado ser muy fiables y que los medios que producen (cinta de registro de ordenadores) «muestran características que les permitirán jugar un papel crucial en la evaluación de la prueba por el juez en una acción legal».<sup>76</sup>

¿Constituye la solución a este problema la «tarjeta con memoria», distribuida por ciertos proveedores y probada en varias áreas? La tarjeta con memoria en posesión del usuario de un sistema le ofrece un medio de llevar un registro de todas las transacciones que haya realizado. «Esta información queda en su poder.»<sup>77</sup>

En pocas palabras, no es sólo la persona que lleva el sistema quien unilateralmente posee la prueba. La tarjeta con memoria proporciona efectivamente al usuario los medios de conseguir contraprueba. Sin embargo, tal como advierten Delahaie y Grissonnache, no puede excluirse la posibilidad de que un error realizado en el momento de la transacción sea registrado en la tarjeta «y que en definitiva la persona que lleva el sistema es quien a un nivel técnico conserva el dominio de todas las transacciones registradas en los diferentes medios, tarjetas con memoria inclusive».<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Comparar la posición del «Conseil économique et social» francés («La monnaie électronique», Opinión e Informe del Conseil économique et social, 1982, n.º 12, J.O., París, 1982, publicado en *Documentation Française*), que es de la opinión por un parte de que el iniciador de una técnica tiene, por la elección que ejercita, el control y la responsabilidad del nivel de fiabilidad de un sistema y por otra el daño sufrido por el banquero en caso de un incidente es relativo mientras que el sufrido por el cliente es de un carácter más serio y finalmente la desproporción en los medios a disposición del cliente para iniciar y llevar procedimientos legales es ya suficiente para situar a este último en una posición de inferioridad.

<sup>76</sup> D. Syx, «Le transfert électronique de fonds: un droit hésitant face à une réalité galopante», en «La Télématique, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques», Actes du Colloque de Namur, Gent, *Story Scientifica*, vol. II.

<sup>77</sup> El «Conseil économique et social» en la opinión citada en la nota 75 parece pensarlo así. El sistema de «tarjeta con memoria» aporta un elemento de respuesta al riesgo de imputación por error en la cuenta del cliente así como al riesgo de mala fe por parte del usuario. En caso de dificultad, la confrontación entre los dos registros puede constituir un elemento de prueba para los tribunales y un factor disuasorio al menos para los defraudadores (*La monnaie électronique*, obra citada, p. 578).

<sup>78</sup> H. Delahaie y A. Grissonnache, obra citada más arriba, nota 70.

## CONCLUSIÓN

Según René David,<sup>79</sup> las reglas de procedimiento son principalmente las responsables de los muy diferentes enfoques adoptados por una parte por el Derecho Civil y por otra por la «Common Law». Por esta razón se decidió que esta ponencia debería tratar por separado de la admisibilidad de documentos informatizados como forma de prueba en un sistema legal y a continuación en otro.

Hay sorprendentes semejanzas entre los dos sistemas, si bien un gran abismo separa el razonamiento en que se amparan. La ley se ve fuertemente presionada para reconocer la existencia de la informatización. En la «Common Law», «el problema fundamental es la regla que prohíbe la prueba de oídas».<sup>80</sup> En el Sistema de Derecho Civil el obstáculo consiste en el requisito de un documento escrito. El trabajo de los tribunales está siendo sucedido por la acción legislativa. Hay muchas cuestiones técnicas a las que los jueces no pueden responder y que requieren reglas especiales; así, por ejemplo, dejando al margen regulaciones más especializadas de tipo fiscal y contable, la Ley de Prueba Civil («Civil Evidence Act») 1968 y la ley francesa de 12 de julio de 1980 establecen ciertos principios referentes a la admisibilidad por los tribunales de «prueba producida por ordenador».

Estos principios legislativos deberían promulgarse en términos suficientemente generales y flexibles que permitiesen el desarrollo técnico. Al aplicar estos principios, la ley prefiere actuar por medio de «recomendaciones» o «normas» que pueden modificarse con mayor facilidad y son menos vinculantes. En la medida de lo posible, debería evitarse la conexión de conceptos y definiciones legales a un tema técnico y el trabajo de interpretar los conceptos deliberadamente vagos adoptados por la legislación debería dejarse a profesionales más especializados que sean conscientes de las necesidades e imposiciones de la tecnología por una parte y del negocio por otra.

<sup>79</sup> R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4th. ed., 1971, apartado 316.

<sup>80</sup> D. Kirby, «Aspects juridiques de la technologie de l'information», en *Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications*, París, OC-DE, 1983, p. 83.

Por encima de estas reglas y «cuasi reglas» nacionales, hay también un movimiento hacia algún tipo de regulación internacional puesto que el mercado de la información es internacional por naturaleza. En palabras del Secretario General de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, «es por tanto urgente que se adopten medidas a nivel internacional para establecer reglas referentes a la aceptación legal de datos comerciales transmitidos por telecomunicaciones».<sup>81</sup> Las reglas referentes a la admisibilidad de documentos informatizados y las reglas referentes a firmas no pueden diferir de un país a otro en un terreno donde no existen ya fronteras y donde los datos que se firman y transmiten por medios electrónicos deben ser identificables en cualquier momento y en cualquier lugar.

Tal como señala el Secretario General de la Comisión de las Naciones Unidas, «enfrentados con la necesidad de adaptación a la amplia utilización de ordenadores con finalidades administrativas y comerciales, un cierto número de países han modificado su legislación pertinente a efectos de permitir dicha utilización y de aceptar como forma de prueba documentos registrados por ordenador o sistemas de almacenamiento de datos, con tal de que cumplan ciertos criterios. Las disparidades entre los criterios que se utilizan para determinar su valor legal junto con la negativa por parte de otros países a concederles dicho valor crean serios problemas cuando registros informatizados almacenados en un país han de ser utilizados como prueba en una acción legal en otro país».

Como juristas tradicionales, partimos de la afirmación de la originalidad de cada derecho nacional de prueba; está claro que la existencia de una economía internacional basada en el flujo de datos internacionales hace imprescindible para nosotros el considerar la necesidad de un derecho internacional de prueba en el terreno informático. Nos corresponde a nosotros, como juristas, aceptar este desafío no mediante nuestro sacrificio a una tecnología en constante evolución sino ampliando nuestros conceptos legales: ¿En qué consiste una firma? ¿Cuál es la finalidad de la prueba en derecho? ¿Cuál es la esencia de la distinción entre un acto legal y un hecho legal?

---

<sup>81</sup> U.N.C.I.T., *Aspects juridiques du traitement automatique des données*, A/CN.9/238, p. 2, n.º 5.

<sup>82</sup> U.N.C.I.T., obra citada nota 81.